

Teorías jurídicas como garantes de los derechos

Legal theories in tant that guarantee rights

John Mejía Bello

Cómo citar y referenciar: Mejía, J. (2019). Teorías jurídicas como garantes de los derechos. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Garantismo del Derecho Constitucional*. (pp.71-99), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar

RESUMEN

La pretensión del presente trabajo es escudriñar de manera atenta y cuidadosa para conocer las características o cualidades de los postulados planteados desde el Iusnaturalismo, pasando por el Iuspositivismo y el Constitucionalismo, hasta llegar al Neo Constitucionalismo y poner de presente lo aportado por pensadores como Thomas Hobbes, quien planteó su pensamiento desde finales del siglo XVI y hasta finales del siglo XVII, lo que permitió ser reconocido como uno de los fundadores de la filosofía política moderna, autor de la obra *Leviatán*, la cual desde el punto de vista de quien realiza el presente trabajo, es de obligatoria lectura por parte de los que incursionan en el estudio de las leyes, para tener una visión holística y procurar el entendimiento de esta compleja disciplina. Aportes vitales de pensadores como Norberto Bobbio, H. L. A. Hart, R. Dworkin, I. Kant, Juan Jacobo Rousseau, entre otros, y su incidencia en el estudio del tema tratado. Es pues un trabajo que aborda distintos planteamientos relacionados con el Neo Constitucionalismo, el origen del mismo, sus ideas centrales, características y críticas desde distintas ópticas.

Palabras clave. iusnaturalismo, iuspositivismo, constitucionalismo y neo constitucionalismo

INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que algunos destacados seguidores del pensamiento de Thomas Hobbes lo ubican en la corriente jurídico filosófico iusnaturalista, vista esta, como una doctrina de mucha antigüedad, cuya génesis se ubica en la Grecia antigua con discusiones que tenía el filósofo Sócrates con los sofistas, acerca de las leyes dictadas por la naturaleza y las leyes establecidas de manera convencional y consensuada por el conglomerado social a través de los órganos elegidos para tal fin; pero igualmente con visión mucho más moderna, donde se explica que el nacimiento y la organización de los estados descansan sobre reglas o normas de orden natural cuya existencia es anterior a su conformación.

Parte de esta discusión tiene que ver con la relación entre el derecho natural o iusnaturalismo y el derecho positivo o iuspositivismo que se refiere al derecho creado por el hombre o por las organizaciones estatales, toda vez que el primero, según sus defensores, es superior al segundo, porque brota de la propia naturaleza, indistintamente si el enfoque es desde los postulados de la ciencia o desde la creencia que el universo es producto de la creación de un ser superior, sino que además es superior a este porque emana de una naturaleza divina o racional (según los diferentes autores) que determina lo justo y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado (Bobbio, 1991, pp.836-837).

Para los defensores del derecho natural, la existencia de la naturaleza data de los inicios de la vida misma, que está por encima de nuestro pensamiento, de nuestra existencia, de nuestra voluntad, motivo por el cual este derecho tiene existencia propia, indistintamente de las consideraciones contempladas por el hombre o por el estado del cual hace parte y tiene connotaciones de carácter universal con implicaciones y efectos que trascienden la órbita estatal.

El iusnaturalismo sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino “por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido” (García Maynez, 1968, p.128). Algunos contradictores opinan que la problemática tiene que ver, con quien determina que es bondadoso, justo o injusto y cuando seres dotados de racionalidad explicitan conceptos referentes al carácter de violento e injusto de la misma naturaleza. Igualmente esgrimen que en nombre del creador y de los derechos de la naturaleza, en más de una ocasión se han cometido las peores atrocidades que dan cuenta los historiadores.

Otro problema del derecho natural, según opinión de algunos contradictores, es que aceptan un orden trascendental y universal, dictado por la naturaleza, pero no señalan como se establecen y cómo se determinan esos supuestos contenidos que emergen del cosmo o de la razón. Más de uno acude a la idea de un Dios supremo, como creador bondadoso y como ser supremo, sustentado en la fe, como elemento justificador para aceptar lo que para algunos es inaceptable e inentendible, como fundamento de sus planteamientos. La idea de un Dios bueno, es utilizada por defensores del iusnaturalismo como justificación de unos planteamientos que deben ser aceptados y nunca cuestionados.

Otras veces han ayudado a aceptar las injusticias cometidas a través de la historia convirtiendo ‘lo natural’ en cómplice de los intereses de los poderosos (Fernández, 1993, p.60). De lo anotado, se desprende inequívocamente la necesidad de mantener un ordenamiento pre establecido por las leyes naturales y sin remota posibilidad de intentar cambios en tiempo presente y futuro.

Si el nacimiento del IusNaturalismo es la antigua Grecia, algo similar ocurre con el IusPositivismo, al tenor de lo planteado por Platón, discípulo

de Sócrates, al inicio de la República cuando el protagonista del texto, Trasímaco señala:

Y así, cada gobierno establece las leyes según su conveniencia: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, leyes tiránicas, y del mismo modo los demás. Al establecerlas, muestran los que mandan que es justo para los gobernados, lo que a ellos conviene, y al que se sale de esto lo castigan como violador de las leyes y de la justicia. Tal es, mi buen amigo, lo que digo es que en todas las ciudades es idénticamente justo: lo conveniente para el gobierno constituido. Y este es, según creo, el que tiene el poder; de modo que, para todo hombre que discurre bien, lo justo es lo mismo en todas partes: la conveniencia del más fuerte.

El iuspositivismo, o como algunos tratadistas denominan, derecho positivo, predica que el único derecho o conjunto de normas válidas son aquellas que surgen de las entrañas estatales y en su estructura, disponen de órganos encargados de la creación y promulgación de la normatividad que va a regular las relaciones entre los asociados. Estos postulados generan reacciones por quienes defienden los planteamientos del derecho natural, quienes lo elevan a una categoría superior y recurren a una moralidad que rebasa lo consignado en el derecho positivo, sin dejar de lado la consideración de lo injusto y lo insuficiente.

Muchos tratadistas y juristas advierten que las bondades predicadas del derecho natural, pueden tener efectos mucho más peligrosos que las advertidas por los defensores del positivismo, toda vez que si de injusticia se trata, los encargados de elaborar las normas, al percatarse de una anómala decisión, no tendrían impedimentos morales ni legales en revertir lo planteado y asumir el grado de responsabilidad que puedan tener, situación no aplicable en los defensores del derecho natural que se enfrentarían con obstáculos no solo del orden legal, sino del orden moral

por contradecir los postulados dictados por la naturaleza en algunos casos, en otros por lo consignado en la historia y en últimas por quienes desafíen los designios del creador, aupados por eternizadores de dioses del ocaso. Poema y canción Silvio Rodríguez (La maza).

En la década de los sesenta del siglo pasado, surgen pensadores como H. L. A. Hart, (Reino Unido), Joseph Raz (Israel) y Carlos Santiago Nino (Argentina), el primero de ellos escribió la obra *The Concept of Law* (1961) y los dos últimos *Introducción al análisis del derecho*. Ellos plantean que el derecho y la moral no son iguales, por lo que debe analizarse y definirse desde el positivismo mismo. A esta corriente de pensamiento se le conoce como iuspositivistas metodológicos o conceptuales.

Manifiestan que el positivismo jurídico se ocupa de los comportamientos externos de las personas y por ese motivo adquiere una connotación de bilateralidad, en cambio la moral concierne únicamente al individuo y hace parte de la subjetividad del individuo, lo cual adquiere una connotación unilateral. No se puede obligar a cumplir los aspectos morales, mientras el Estado haciendo gala del poder de coercibilidad, puede hacer cumplir lo establecido en el derecho positivo, igualmente plantean que la moralidad hace parte de la autonomía de los individuos y el derecho es una imposición del soberano, por lo que plantean la dicotomía entre la autonomía y la heteronomía.

Immanuel Kant (Prusia) señala que la moral “...He definido la moral como una ciencia que enseña no cómo debemos ser felices, sino cómo debemos ser dignos de la felicidad...” (Kant, 1984, p.18) regula conductas internas y la normatividad jurídica regula conductas externas de los individuos, siendo la primera del ámbito del comportamiento humano, pero desde la interioridad y de la intencionalidad y el derecho se preocupa de las implicaciones externas de esas conductas para garantizar la paz, la armonía y seguridad del colectivo social. También es objeto de

estudio del derecho reglado, la intencionalidad cuando se logre hacer captable, medible, es decir se logre objetivar esa dimensión propia de su subjetividad.

Las normas morales son del ámbito de la subjetividad y de carácter unipersonal, mientras que las normas jurídicas son de carácter objetivos y con dimensiones de bilateralidad o bidireccionalidad.

Un individuo cuando se somete a la ley moral, lo hace porque coincide con sus preceptos, porque comulga consciente o inconscientemente con lo establecido y se somete voluntariamente a su propia ley, en cambio en el derecho las personas deben someterse a las normas establecidas, no por coincidencia, ni por sometimiento voluntario a su propia ley, sino porque hay un mandato que emana de persona diferente de ellos mismos que tiene capacidad, por mandato constitucional de imponerles el cumplimiento de lo acordado y si es preciso perseguirlos hasta lograr su sometimiento.

Lo establecido desde la moralidad tiene como característica unas obligaciones que deben ser cumplidas sin ningún tipo de actividad forzada o de fuerza vinculante, contrario ocurre con lo establecido en el derecho que existe latente la posibilidad que el cumplimiento sea direccionado por la fuerza que le asiste a la autoridad estatal. Dicho de otra forma, el derecho es por naturaleza coercitivo y es en esencia el factor diferenciador de la moralidad, que por naturaleza es no coercitivo. El recurso de imposición en el derecho es parte estructural del mismo.

Pretende el derecho positivo la convivencia pacífica y armoniosa entre el grupo social, por lo tanto ha de regular las relaciones entre las personas y cualquier manifestación, dentro de la vida en comunidad, que afecte o atente de manera significativa con la paz y tranquilidad del grupo, debe manifestarse e intervenir, teniendo de presente la guarda de las

garantías que el mismo derecho demanda por parte del Estado. Por su parte, la moral, si bien es cierto contribuye con el orden y la armonización de la colectividad, tiene como finalidad última, alcanzar la plenitud y el perfeccionamiento de la persona misma, vista desde la individualidad.

El derecho analiza las acciones de los seres humanos, desde un punto de vista grupal o social y las incidencias que puedan tener para la vida de los integrantes del colectivo y la moral es una respuesta a necesidades del orden psicológico, que tienen las personas de estar en armonía y/o paz consigo mismo, es decir con sus propias convicciones, con sus creencias, con su propia conciencia al someterse de manera voluntaria y sin ningún tipo de presiones, salvo las que pudiera tener en su fuero interno, mediante los postulados de fidelidad a los lineamientos de la ley moral.

1. CARACTERÍSTICAS DEL IUSPOSITIVISMO

Los positivistas consideran que el derecho es la materialización de la expresión de un conjunto de normas o leyes que emanan de las ramas del poder público, visto este (poder), como la facultad de mandar y ser obedecido, poder con connotaciones públicas, toda vez que son actividades propias del Estado. Se define entonces el poder público como la capacidad que tiene el Estado para obligar a alguien a realizar un acto determinado. (http://filosofia.net/materiales/sofiafilia/eec/eec_23.html)

El derecho positivo tiene validez por el hecho de brotar de la voluntad del poder soberano y no obedece a un orden justo, trascendental como premisas del iusnaturalismo, “el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo” (García Maynez, 1968, p.12).

Siguiendo al mismo autor, el iuspositivismo, no comulga con aspectos teleológicos, ni con aspectos que tienen que ver con la justicia divina,

tal como la creencia pretérita que solamente Dios, como ser perfecto, era capaz de impartir justicia y a Él se le daba la responsabilidad de su impartición, pasando por situaciones lamentables como el caso que tiene que ver con las ordalías y que al sindicado, el Señor le daba poderes especiales para demostrar su inocencia, con la equivocada creencia que solamente, quien todo lo veía y todo lo sabía, era quien estaba en condiciones de impartir justicia. Dicho de otra manera la justicia era del orden divino, de manera irresponsable el hombre evadió esa responsabilidad. Precisamente por ello no escatima el calificativo de jurídicos a preceptos que habiendo sido creados por órganos competentes, en la forma legalmente prescrita, no realizan, empero, tales o cuales ideales de justicia, de libertad o de común beneficio (García Maynez, 1968, p.10).

Para el positivismo jurídico su validez emana única y exclusivamente de las normas, vistas como reglas que se establecen con el propósito de regular comportamientos y así procurar mantener un orden (<https://concepto.de/que-es-norma/#ixzz62kSx22j2>) y los procedimientos acordados en el interior del Estado; en este sentido tiene especial importancia el orden jerárquico de las leyes, donde la norma de normas o norma superior valida las normas secundarias, previo el cumplimiento de los rigores exigidos para su aceptación.

Otra característica del iuspositivismo tiene que ver con criterios de justicia basada única y exclusivamente en consideraciones emanadas del poder constituyente y no en derechos superiores que provienen de la naturaleza o de la divinidad.

Adicional a lo anteriormente anotado, otra característica del derecho positivo es su validez a partir de la autoridad que crea o elabora las leyes y tiene que ver con el principio autoritas *non veritas facit legem*, término en latín que significa: Es la autoridad y no la verdad o la justicia las que determinan la ley. Entendemos de autoría de Thomas Hobbes en su obra

Leviatán (1651). Es una realidad demostrable que la actividad legislativa está dominada por el voluntarismo y las posibilidades de establecer normas con datos obtenidos de la técnica o la ciencia están restringidas a la voluntad política. Ver *veritas, non auctoritas facit iudicium*.

En este aspecto, hay que detenerse en su análisis, porque a manera de crítica podemos aportar que no importa la justicia, no importa la verdad, importa el poder de la autoridad del Estado convertida en ley, lo que puede conllevar a justificar y validar formas autoritarias de gobierno, a gobiernos violadores de los derechos humanos e incluso a legitimar gobiernos ilegales y de esto la historia tiene innumerables páginas escritas.

En palabras de Hobbes “el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas” (Hobbes, 1992, p.106).

El positivismo jurídico es imperativo, por cuanto el derecho es visto como un conjunto de normas o preceptos, mediante la cual, el poder soberano, (Estado) le ordena o le prohíbe, según sea el caso, a los asociados, determinados comportamientos, so pena de incumplir, al sometimiento de una penalidad o de una multa, además el Estado posee la capacidad coercitiva, incluso con utilización de la fuerza y en casos extremos, el uso de la violencia, a quienes infrinjan las normas establecidas. No es el temor a un castigo divino ni a un reproche moral lo que condiciona y obliga la conducta de los individuos; es el temor al uso de la fuerza en su contra, lo que les motiva a respetar la ley (Ellscheid, 1992, p.145).

La norma se convierte en un mandato que emana del soberano, respaldado por grupos sociales mayoritariamente obedientes y el grupo minoritario desobediente queda expuesto a los rigores del uso de la

fuerza y en algunos casos de la violencia, elementos estructurales de la formación estatal, respaldados por el poder coercitivo que le asiste. La ley como fuente del derecho es la expresión de la soberanía del Estado.

Además de imperativo es formal, por cuanto debe velar por el cumplimiento responsable, de ciertos requisitos que se le exige al Estado para materializar las facultades que se le confieren.

El poder coercitivo del Estado, según los positivistas, es en últimas el motivo por el cual, los sujetos de derecho, evitan contradecir las normas existentes y no el temor al castigo divino, a la voluntad de la naturaleza o por situaciones racionales o irracionales, sino al poder del Estado de castigar y en algunos casos a condenarles, incluso con la pérdida de la libertad.

El derecho positivo plantea un conjunto de normas o leyes dictadas por los seres humanos (constituyente primario), a través del Estado, mediante un procedimiento investido de las formalidades establecidas, cuya intencionalidad es el sometimiento de la conducta del grupo social, a un orden disciplinario establecido y como consecuencia el acatamiento de normas aprobadas y divulgadas.

2. ANTECEDENTES DEL CONSTITUCIONALISMO

Para el estudio del constitucionalismo, un antecedente de vital importancia, es lo acaecido en Inglaterra, con la limitación del poder de la monarquía, que se alcanzó con la promulgación de la petición de Derechos del año 1677, al acta de Habeas Corpus dos años después y la Ley de Derechos del año 1689. Si bien esto ocurrió en gobiernos monárquicos, se fueron sentando las bases para futuros gobiernos organizados por medio de constituciones y que fueron respaldados por los hechos ocurridos en la Revolución Francesa por los años 1789 que estableció

nuevas consideraciones a los gobiernos de los reyes y dio paso a las democracias modernas.

Es menester hacer un recuento de la historia del constitucionalismo y para tal fin se anota lo consignado en deconceptos.com

Fue Estados Unidos el primer país que tuvo su Constitución escrita en 1787, con un procedimiento rígido de reforma, y donde se estableció la división de poderes. Luego se añadieron diez enmiendas para consagrar los derechos de los habitantes. A esta Constitución estadounidense, le siguieron las de Francia, de los años 1791, 1793 y 1848. Suecia tuvo su Constitución en el año 1809, y España tres años después. En América Latina, fueron pioneros Venezuela y Colombia, que estrenaron su Carta Magna en 1819.

3. CONSTITUCIONALISMO

Como aporte para el entendimiento, del objeto del presente trabajo, se trae a colación, lo aportado por otros estudiosos de la temática y que se encuentran colgados en la red.

Así, desde un punto de vista jurídico, el constitucionalismo es un sistema normativo fundamentado en la preeminencia, por encima de los poderes, de un texto constitucional. Por otro lado, desde un punto de vista social, el constitucionalismo es un movimiento que procura limitar el poder de los gobernantes de turno con la finalidad de que los intereses personalistas no pasen por encima de las reglas acordadas para la conducción del Estado. significados.com

El constitucionalismo tiene que ver con la forma como está organizado un Estado, teniendo como base una norma suprema (Constitución), a la

que se le debe respeto; las normas restantes deben estar subordinadas y articuladas a esta. Persigue igualdad para los asociados, el goce y disfrute de sus derechos naturales, el respeto a la dignidad humana. Además establece la organización de los poderes del Estado y los contrapesos, para lo cual crea entidades de control, cuya finalidad es la limitación a ese poder.

Existen tres componentes, que hacen parte integrante de la definición de constitucionalismo y que de manera didáctica se pretende abordar para su mejor entendimiento.

Las formalidades y la manera como se establece y se organiza un Estado, es uno de los componentes del denominado constitucionalismo y tiene que ver con la forma de organización política referida a conformación de la sociedad y la forma de gobierno que la direcciona.

Establece la existencia de una norma fundante, con carácter de superioridad y supremacía. Quiere esto decir que está por encima del resto de normas y ninguna de ellas pueden contradecirla, además se le debe respeto y obediencia.

El último componente lo constituye un manifiesto o una declaración de principios y normas que se refieren a la manera de concebir la formación del Estado. Considera que la soberanía del Estado, recae en las personas que lo conforman, entendidas estas como seres libres, dotados de una capacidad propia de la raza humana cual es la de razonar. Acuerdan la necesidad de un grupo minoritario que ejerza funciones de gobierno y que sus funciones estén contempladas en normas existentes, además establece la existencia de un grupo mayoritario sometidos al cumplimiento de unos deberes y derechos previamente acordados.

La expresión Estado de derecho, es parte importante del constitucionalismo y en sus preceptos está cobijado que la conducta de los gobernantes y los gobernados se regulen por lo establecido en la normatividad.

Constituciones de tinte liberal hacen un reconocimiento a los derechos y las libertades de las personas y enfatizan en la necesidad que los gobiernos constitucionales deben velar por el respeto y su reconocimiento.

Estos derechos y libertades, la constitución política de España, los clasifica en tres grupos a saber:

Derechos y libertades en el ámbito personal: Derecho a la vida, a la integridad física y moral, libertad de creencias tanto ideológicas como religiosas, derecho a la libertad y a la seguridad, a la seguridad jurídica y tutela judicial, a la vida privada, a la libre circulación y residencia y, por último, derecho a un matrimonio igualitario.

Derechos y libertades en el ámbito público: Derecho a la igualdad ante la ley, a una comunicación libre, a la libertad de expresión, derecho a la información, a la participación en asuntos públicos, derecho de reunión, manifestación y asociación, derecho de petición a los poderes públicos, derecho de participación en asuntos públicos y derecho de acceso a un cargo público.

Derechos y libertades relacionados con el ámbito socioeconómico: Derecho a la educación libre y gratuita, libertad de cátedra, derecho a la autonomía universitaria, libertad de sindicación, derecho a la huelga, a la negociación colectiva y derecho al trabajo.

La parte estructural de la Constitución política colombiana, la conforman un preámbulo y trece títulos de carácter consecutivos, divididos a su vez en capítulos y artículos, que cobijan 380 artículos

constitucionales y 67 artículos de carácter transitorio. En su articulado se describen las tres ramas del poder público denominadas ejecutiva, legislativa y judicial, los derechos y los deberes de los habitantes, se hace un reconocimiento a lo contemplado a nivel internacional en materia de derechos humanos, entre otros.

Una de las tres ramas del poder público, la conforma el Poder Ejecutivo, que es el encargado de las funciones políticas y administrativas de un Estado, siendo diferente si la organización estatal obedece a gobiernos presidencialistas o parlamentaristas.

En el último de los mencionados existen la figura de Jefe de Estado y Jefe de gobierno (Primer ministro, Canciller o Presidente de Gobierno), cada uno con funciones específicas y diferenciadoras. Se puede dar el caso que el Jefe de Estado es al igual Rey.

El poder legislativo es uno de los tres poderes junto al Ejecutivo y al Judicial, propuesta por Montesquieu (1689/01/18 - 1755/02/10), autor de varias obras, entre las que se cuenta *El espíritu de las leyes* (1748) y que hace parte de la división de los poderes del estado, cuya finalidad es que entre los poderes se controlen entre sí, de tal forma que no se concentren en uno solo y que sirvan como limitantes frente a los otros poderes, como ocurrió en los gobiernos monárquicos absolutistas, donde el rey hacía las normas, las ponía en práctica de acuerdo a sus intereses, las ejecutaba y su acto de gobierno se desarrollaba según su antojo y/o capricho.

En las formas modernas de gobiernos constitucionalistas, el poder legislativo es el que se encarga de manera prioritaria de la elaboración de las leyes, entre algunas de sus funciones, y recibe el nombre de Parlamento o Congreso dependiendo de la forma de gobierno existente

y puede estar integrado por una o por dos cámaras. La expresión Parlamento proviene del francés *parler* que significa hablar.

En algunos países, el poder legislativo está integrado por la Cámara de los lores y la Cámara de los comunes (Reino Unido), en otros países (Francia) la integran una Cámara alta o Senado y otra baja o Asamblea nacional.

A nivel de Latinoamérica, está conformado por una Cámara de Diputados del orden nacional y una Cámara de Senadores del orden provincial (Argentina). En Uruguay y en Colombia, el poder legislativo está integrado por una Cámara de Senadores y una Cámara de Representantes. En el país vecino de Venezuela, a partir del año 1999, está formado por una sola Cámara conformada por 165 diputados y la denominan Asamblea Nacional.

El poder judicial en un estado democrático, cumple la importantísima y compleja labor de administrar justicia, para lo cual tiene como fundamento la normatividad existente, que previamente emergió del poder legislativo. Además de la ley como fuente del derecho, tiene la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y las reglas de la sana crítica, entre otros.

Con la aparición de un nuevo derecho, denominado Constitucionalismo, más de un autor hizo referencia a la nueva tendencia en los siguientes términos: Laporta y Zagrebelsky: “El parámetro constitucional (...) se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”, lo que determina que “la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna”, expresa el primero. El Derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una ley omnipotente, sino que “la ley expresa, por el contrario, las combi-

naciones posibles entre los principios constitucionales' y se configura así "como derecho particular y contingente".

En palabras de los autores mencionados tenemos que la Constitución se convirtió en un referente omnipresente, que las leyes pasaron a un segundo plano y su validez se volvieron inciertas. La misma ley pasa a un plano de interinidad y asume una posición subalterna, pierde su calidad de omnipotente, la cual es asumida por la Constitución y sentencian que el Constitucionalismo emerge como un derecho particular y contingente.

Luis Prieto Sanchís en su texto: *Neo constitucionalismos. (Un catálogo de problemas y argumentos)* nos habla lo que denomina la "Rematerialización Constitucional" como elemento clave para el entendimiento del constitucionalismo que se ubica en orden privilegiado y en un peldaño superior respecto del derecho existente en ese momento histórico del estudio de las ciencias jurídicas.

Consiste en la incorporación al texto constitucional, el amplio espectro de los derechos fundamentales, los valores superiores y principios, muestra de esto fue lo recopilado en nuestra Constitución Política en Título II De los Derechos, las Garantías y los Deberes, Capítulo 1. De los Derechos Fundamentales y consagrados en los artículos 11 al 41. Parte de nuestra riqueza constitucional radica en lo establecido en estos artículos, lo que nos obliga y responsabiliza de su aplicabilidad.

Respecto de la incorporación de los valores, estos se categorizan en valores morales, éticos, políticos, económicos, jurídicos como columna vertebral del estado social de derecho. Los valores constitucionales se convierten en respuestas al proceder bueno o malo, a lo bondadoso o la maldad, a la valentía o la cobardía, a la honradez o la corrupción, a la lealtad o la traición, a la igualdad o desigualdad.

La apropiación de estos valores, pueden diferir desde lo constitucional y lo moral, religiosos y/o filosófico, no más hacer un análisis de la igualdad de los asociados frente a la ley y la igualdad de los seres humanos ante Dios, desde la óptica de lo religioso.

Lo referente a los principios son conceptos sobre los cuales se fundamenta la forma de comportarse el grupo social, mediante los cuales se permiten o se prohíbe algo. Estos principios constitucionales hacen parte del cuerpo de la norma preferente y se encuentra a lo largo del articulado, así es como se consagra el principio de la buena fe, de la presunción de inocencia, de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, del derecho sustancial sobre el derecho procedimental y la obligatoriedad que le atañe al Estado a seguir los principios del derecho internacional, entre otros.

Siguiendo el hilo del pensamiento del doctrinante Sanchís, el fenómeno de la rematerialización constitucional es generalmente reconocido y se expresa con sorprendente unanimidad: la moral “ya no flota sobre el Derecho... (sino que) emigra al interior del Derecho positivo” (Habermas, 1981, p.168), de manera que “el conflicto entre Derecho y moral se desplaza al interior del Derecho positivo” (Dreier, 1985, p.74); cabe decir entonces algo metafóricamente que “el Derecho por principios encuentra al Derecho natural” (Zagrebelsky, 1995, p.116), o que se ha producido una “fusión entre el Derecho constitucional y la teoría ética” (Dworkin, 1984, p. 233), desde el momento en que “la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho” (Peces-Barba, 1993, p.32); en suma, se aprecia un acercamiento ente “legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico” (Ferrajoli, 1998, p.366). Dicho de un modo u otro, la conclusión es que merced a las constituciones, la moral -es decir, los venerables derechos naturales- ha hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho. Y justamente aquí reside la diferencia: el orden jurídico

siempre ha incorporado normas sustantivas que pretenden decir a sus destinatarios qué es lo que pueden o no hacer; la novedad es que ahora los destinatarios son también los poderes públicos, cuya conducta se expresa a su vez en forma de normas jurídicas cuya identificación exige apelar a conceptos morales.

“La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley. Recordando la conocida distinción kelseniana entre sistemas estáticos (morales) y dinámicos (jurídicos), cabe decir que el constitucionalismo contemporáneo fortalece la dimensión estática del Derecho”. (Prieto Sanchís. Neo constitucionalismos. (Un catálogo de problemas y argumentos).

Destacados juristas como Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, de nacionalidad española, docentes de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, así como consultores en la misma área, con líneas de investigación sobre legitimidad democrática y procesos constituyentes, especialmente en países de América Latina teóricos sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano” manifiestan su preocupación, al momento de expresar que no “solo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática”. Entendido el Constitucionalismo como el mecanismo mediante el cual, el pueblo soberano determina qué es y quiénes integran el poder público, no solamente eso, sino que además le pone frenos al mismo, una de las grandes preocupaciones, debe ser cómo trasladar fehacientemente y de manera precisa esa voluntad del constituyente primario y garantizar que solamente a través del ejercicio de la voluntad popular, legalmente materializada sea la generadora de la normatividad constitucional y en casos particulares la que haga las propuestas de cambio en el contenido de algún artículo de la norma rectora.

4. CARACTERÍSTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO

Sin pretender agotar la multiplicidad de características del denominado constitucionalismo clásico, podemos mencionar algunas de ellas:

1. La Constitución como norma rectora, se convierte en garante de los ciudadanos frente al omnipresente Estado y tiene como principal objetivo poner freno a los gobernantes de turno, para evitar abusos del poder. Igual busca se respete las libertades de los asociados. Esta característica involucra la necesidad de la existencia de normas rectoras escritas.

Países pioneros en la elaboración de sus constituciones escritas pueden ser Francia y Estados Unidos que las redactaron a continuación de sus respectivas revoluciones, sin desconocer la influencia aportada por la de Gran Bretaña con la Carta Magna, pero que no quedó reflejada en ningún texto.

En los casos mencionados, al momento de la redacción de sus textos constitucionales presentaban otra característica cual es la rigidez de la misma con la intencionalidad de poner de presente a sus gobernantes de sus límites en el ejercicio de las funciones y las consecuencias derivadas de su posible transgresión a lo normado. Es pues la Constitución una garantía que tienen los gobernados frente a los gobernantes y para ello es requisito indispensable la escrituralidad y la rigidez de la misma.

2. Se busca que la norma rectora no sea alterada con facilidad como cualquier ley ordinaria y por ello debe estar por escrito, porque existe la consideración que es la única manera que las leyes no sean transgredidas.

Fundamento del Constitucionalismo clásico, es el racionalismo y desde la Ilustración, movimiento cultural e intelectual del

siglo XVIII inspirador de profundos cambios sociales y culturales, promotor del cambio de las tinieblas de la ignorancia por las luces del conocimiento, de donde se desprende que ese período sea conocido como el Siglo de las Luces y la nueva concepción cimentada en la fe de los ciudadanos en el progreso. Los filósofos e intelectuales de ese momento histórico colocaron al ser humano (antropocentrismo) y el racionalismo por encima de aspectos religiosos (teocentrismo) y se apartaron de la sumisión del individuo frente al monarca.

La razón se convirtió en un instrumento capaz del ordenamiento del conglomerado social, mediante normas escritas. Consideración importante tiene que ver con el planteamiento que si la ley es producto de la razón, estas tendrán aplicabilidad en todo tiempo y en cualquier lugar. El constitucionalismo está impregnado de racionalidad.

3. Limitación del poder público. La génesis de la división del poder público en Ejecutivo, Legislativo y Judicial es característica del Constitucionalismo, cuya finalidad es ejercer controles entre sí, para no sobrepasar funciones correspondientes a cada uno de ellos. Se establece reparto de competencias.

La propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el artículo 16 de ese texto se establece que “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución”.

4. El constitucionalismo entroniza una serie de derechos, que denomina “Derechos fundamentales” que son todos aquellos que pertenecen a todas las personas, sin excepción, que se convierten como reglas básicas que ocupan un lugar privilegiado o que tienen una categoría o una importancia superior en el ordenamiento jurídico y que se caracterizan por ser impres-

criptible o sea que no tienen o no les afecta la prescripción o el vencimiento; inalienables, quiero esto decir que no se puede transferir a otra u otras personas, además son irrenunciables, significa que el poseedor del derecho no puede renunciar a él y otra connotación importante es que son de carácter universal, en el sentido que son propios de todos los seres humanos. Estas características los hacen notoriamente diferente al resto de derechos.

A continuación listado de los derechos fundamentales:

- » Igualdad de trato y no discriminación
 - » Derecho a la vida, integridad física y moral
 - » Derecho a la libertad ideológica y religiosa
 - » Derecho a la libertad y a la seguridad
 - » Derecho a la intimidad personal y familiar, honor e inviolabilidad del domicilio. Así como secreto de las comunicaciones y protección de datos
 - » Derecho a la libertad de residencia y circulación
 - » Derecho a la libertad de expresión
 - » Derecho de reunión
 - » Derecho de asociación
 - » Derecho a la tutela judicial efectiva
 - » Derecho a la educación
 - » Derecho a sindicarse libremente y a huelga
5. La norma constitucional no obedece a persona alguna, sino a la ley de manera objetiva y de acuerdo a la predicado por Luis Gonzalo Olcay Montti, consiste en; “que al momento de interpretar la ley la única forma de resguardar dicho valor es por medio de la utilización del criterio hermenéutico de interpretación subjetiva de la ley, donde la voluntad subjetiva

- del legislador es el norte que debe seguir todo intérprete al momento de desentrañar el sentido de una norma jurídica”.
6. Función primordial de los estados constitucionalista es la de garantizar el estricto cumplimiento de las normas y procurar que individuos no pisoteen los derechos de otros individuos. El estado es una institución creada por el hombre que debe mediar como garante de la protección de los derechos fundamentales de los asociados.
 7. Los constitucionalistas son seguidores del pensamiento de Juan Jacobo Roseau, plasmado en el texto *El Contrato social* que sostiene que la soberanía estatal recae en el constituyente primario. Toda autoridad procede del pueblo y el poder público se sustenta en la soberanía del mismo.

5. CRÍTICA AL CONSTITUCIONALISMO

Si bien es cierto hay un sin número de defensores del constitucionalismo, algunos presentan inquietudes y objeciones, los que más, consideran que no es democrático que los magistrados de los tribunales constitucionales, sin ser elegidos por el poder soberano de la ciudadanía puedan realizar cambios a la norma rectora, por sobre decisiones de los congresistas, esos sí elegidos por votación mayoritaria por parte del constituyente primario, incluso sobre mayorías ciudadanas que hayan convocado reformas a la norma rectora.

Quienes protegen las teorías y postulados del constitucionalismo, enarbolan la bandera de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución, entendida esta como un conjunto de directrices, en virtud de la cual, la decisión final en la defensa y puesta en práctica del legado constitucional, es confiada sobre todas las cosas a una de las altas cortes, con especificidad en la guarda de lo allí normado.

De este modo, la supremacía judicial «priva de sus derechos a los ciudadanos ordinarios y hace a un lado principios constitucionales medulares, tales como los de representación e igualdad política en la solución definitiva de conflictos acerca de los derechos fundamentales» Jeremy Waldron, «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp.1346-1406, en la p.1353.

Este tipo de supremacía implica «una restricción sustancial del poder del pueblo para gobernarse a sí mismo». Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. x-xi

De lo anterior se desprende, el poder inconmensurable de los jueces que conforman, en el caso colombiano, la Corte Constitucional, como depositaria suprema de la interpretación de las normas con rango superior y otro hecho, igualmente importante, con connotaciones de índole social y política es lo que tiene que ver, con que cada vez el poder de estos jueces aumenta y de manera notoria, por el empoderamiento de sus propias interpretaciones en los asuntos constitucionales.

Autores críticos del constitucionalismo conceptúan que las interpretaciones de las normas rectoras empoderan a los jueces o magistrados de las altas cortes y debilitan o le disminuyen poder a los ciudadanos. Se podría pensar que se excluyen de la interpretación de la norma, que con anterioridad fueron convocados para la creación de la misma, ya sea por representación o por participación directa; o sea la ciudadanía deja de interpretar su propia constitución.

Se privilegian a los jueces de estas corporaciones como faros únicos que señalan las interpretaciones constitucionales y se rechaza a otras

personas o agentes por cuanto de manera tácita se consideran incapaces de hacer este tipo de razonamientos.

Otra objeción tiene que ver con la legitimidad, desde el punto de vista de la democracia, que las opiniones o conceptos de los jueces de las cortes constitucionales, se impongan sobre las decisiones de los integrantes del poder legislativo, estos elegidos mayoritariamente por decisión popular.

6. NEOCONSTITUCIONALISMO

Del iusnaturalismo hasta el neo constitucionalismo ha pasado mucha agua bajo el molino y para adentrarnos a este último es necesario tener en consideración algunos aspectos que pretendo analizarlos desde sus inicios. Según Núñez Leyva “Con gusto o enfado, los juristas y académicos emplean el concepto en reiteradas oportunidades y, en no pocas, sin considerar la multiplicidad de sentidos (no necesariamente vinculados entre sí) que se atribuyen al concepto. Por eso, numerosos autores hablan de “Neo constitucionalismos” en lugar de “El Neo constitucionalismo”.

Esto nos da luces acerca de la conceptualización del término que nos ocupa y la variedad de significación por quienes han abordado el tema.

Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo y Mauro Barberis se atribuyen la autoría del concepto o la idea Neo constitucionalismo cuando el primero de ellos expresa que: “Neo constitucionalismo es una etiqueta que, a finales del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzamos a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias”.

Mucho antes que estos autores hicieran referencia a la terminología anotada, en textos jurídicos de nacionales chilenos, uno denominado *Principios generales del Derecho constitucional* de Gabriel Amunátegui editado en 1953 y otro titulado *Manual de Derecho Político: Instituciones* de Mario Verdugo y Ana María García de 1996 el Neo constitucionalismo se concebía como un “fenómeno de principios del siglo XX” y como de una las “tendencias doctrinarias que (...) más que rectificar en su esencia los principios y técnicas del constitucionalismo clásico, vienen a complementar y a dar adecuación histórica a los mismos”, respectivamente.

La jurista Sussana Pozzolo, de nacionalidad italiana, en monografía presentada en la *revista Doxa*, bajo lo que ella tituló Neo constitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional utiliza la expresión anotada, para referirse a los planteamientos esbozados por jurisconsultos como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino, que a su manera de ver las cosas, se identificaban y/o tenían similitud u opiniones cercanas respecto del derecho y sus propuestas frente a la autonomía hermenéutica de las normas constitucionales. Es así como expresa de manera textual: “Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de *ius filósofos* que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento Neo constitucionalismo”.

Aporte significativo al tema tratado, hace Pedro Salazar Ugarte, director del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional de México, cuando afirma que: “el Neo constitucionalismo es una categoría conceptual inventada por los miembros de la Escuela Genovesa con la finalidad de ofrecer una denominación común a un conjunto de concepciones que tienen ideas y propuestas que pueden ser consideradas como integrantes de una misma construcción teórica”.

Del mismo autor: “Como Ronald Dworkin ha advertido, las teorías jurídicas —incluido el neo constitucionalismo— no tienen solo un propósito explicativo sino que, al dar cuenta de las prácticas sociales, intentan darles una forma compatible con ellas. El neo constitucionalismo es una teoría del derecho y del Estado que sitúa a los derechos fundamentales en la cúspide del sistema jurídico y los convierte en la finalidad última del Estado”.

En palabras de Waldron y Christman el neo constitucionalismo presupone entender que la constitución instituye una forma de gobierno en la que el poder público es limitado y está controlado, los ciudadanos tienen la capacidad democrática de controlar las fuentes del derecho, y el aparato estatal está anclado a las aspiraciones de los individuos, cuyos intereses representan su finalidad última.

En la perspectiva neo constitucionalista, la Constitución se instala como fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no solo como “fuente de las fuentes” (Rubio, 1979, p.62)

El derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una ley omnipotente, sino que “la ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales” y se configura así “como derecho particular y contingente”, expresión temporal de una mayoría pasajera, señala el segundo (Zagrebelsky, 2008, p.159).

En síntesis, la Constitución se instala como aquel derecho por sobre el derecho y opera como una convención sobre el coto vedado (Garzón, 1989, p.209), las cartas de triunfo (Dworkin, 1977, pp. 91 y 199), o acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría (Ferrajoli, 1998, p.858).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amunátegui, G. (1953). *Principios generales del Derecho constitucional*.
Bobbio, N. (1985). *Estudios de historia de la filosofía*. Madrid: Debate.
Constitución política de España.
Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Artículo 16
Dreier, R. (1985). “Derecho y moral”, en *Derecho y filosofía*, E. Garzón Valdés (comp.). Barcelona: Alfa.
Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino. Barcelona: Ariel.
Ellsheid, G. (1992). “El problema del derecho natural”.
Fernández, (1993). p.60.
Ferrajoli (1998). p.858.
Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta,
García Maynez, E. (1968). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México–FFL.
Habermas, J. (1981). “Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en Estudios sobre moralidad y eticidad. trad. de M. Jiménez Redondo. Barcelona: Paidós.
Hart, H. L. A. (1961). The Concept of Law.
Hobbes, T. (1987). *Del ciudadano*. Barcelona: Península.
Hobbes, T. (1992). *Leviatán o la materia, forma y poder de una República*. México: Fondo de Cultura Económica.
http://filosofia.net/materiales/sofiafilia/eec/eec_23.html.
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106759>
<https://concepto.de/que-es-norma/#ixzz62kSx22j2>
Kant, I. (1984). p.18.
Kaufman, A. y Hassemer, W. (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
Laporta y Zagrebelsky. “El parámetro constitucional.
Núñez Leiva, J. I. SciELO – Scientific Electronic Library Online
Peces-Barba, G. (1993). *Ética pública y Derecho, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid.
Platón. “la República”.
Pozzolo, S. (1998). Revista Doxa Pozzolo: “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en: *Doxa*, 21(II), 339–356.

- Prieto Sanchís. Neo constitucionalismos. (Un catálogo de problemas y argumentos).
- Raz, J. y Nino, C. S. Introducción al análisis del Derecho.
- Reseau, J. J. El contrato social
- Rubio, (1979). p.62.
- Tushnet, M. (2009). *2 Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, Princeton: University Press.
- URI: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2002/olcay_1/html/index-frames.html
- Verdugo, M. y García, A. M. (1996). *Manual de Derecho Político: Instituciones*.
- Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. Nuevo constitucionalismo latinoamericano.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review». *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.
- Waldron, J. (2009). «Constitutionalism – A Skeptical View», en Thomas Christiano y John Christman (ed.) *Contemporary debates in political philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford.
- Zagrebelsky (2008). p.159.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid.

